

NUEVAS LINEAS JURISPRUDENCIALES EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 44 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES (II)



Como veíamos hace unos días en la parte primera de esta breve nota, la STS de 27 Sept. 18, que lleva a cabo un importante giro jurisprudencial en la interpretación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, focalizado sobre todo en los supuestos de sucesión convencional de contratados, no acaba con las dificultades interpretativas que el precepto suscita.

Y no acaba con ellas porque el concepto central en esta tarea interpretativa, el único que en palabras del Tribunal Supremo **“puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial con efectos subrogatorios”**, el de **“entidad económica”**, es un concepto resbaladizo en el contexto de una sucesión de contratados.

En efecto, a la hora de determinar si la sucesión de contratados constituye o no la transmisión de una **“entidad económica”**, el operador jurídico deberá, primero, analizar si la actividad económica del sector y de la empresa descansa o no principalmente sobre la mano de obra, es decir, si requiere o no una significativa aportación de elementos del capital, para, segundo, entrar a examinar si el nuevo contratista se ha hecho cargo o no de una parte significativa de la plantilla de la anterior, análisis que deberá completarse, en palabras del Tribunal Supremo, con el del **“conjunto de circunstancias concurrentes”**.

El Tribunal Supremo ha sido concluyente sobre el particular:

“Ni nuestra doctrina ni la del TJUE sostienen que la mera asunción de un conjunto de personas equivale a la transmisión de una unidad productiva en todos los casos. Hay que ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes”.

La propia ST nos ilumina sobre cómo llevar a cabo esta operación ponderadora.

“En principio, y siempre por referencia a estos supuestos en los que lo relevante no es la infraestructura productiva puesta en juego, la adjudicación de una nueva contrata a empleador diverso del saliente nos sitúa ante la transmisión de la “entidad económica” aludida”. “Pero – sigue- no se trata de algo que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático sino al de los hechos y de su prueba. Es decir, el examen de las características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la

empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción funcional permanente o aleatoria, etc.), de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario para el personal, etc.), del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa) son aspectos valorables para despejar esta incógnita, que constituye al tiempo un condicionante de la subrogación”.

Pues bien, desde esta perspectiva, la del problema fáctico y de prueba que supone determinar cuándo en los supuestos de sucesión de contratas se ha producido o no la transmisión de una **“entidad económica”**, resulta interesante la STS de 26 Oct. 18, pues contribuye a seguir perfilando este interesante giro jurisprudencial.

Los hechos del caso son, en síntesis, los siguientes:

- El actor había venido prestando sus servicios como buceador para la empresa saliente S.L.,
- La empresa tenía suscrito un contrato de servicios para las maniobras de amarre y descarga de petroleros en una Refinería.
- Dicho contrato preveía las complejas operaciones en las que consistían los servicios a prestar, el personal especializado que debía prestarlo, así como la infraestructura y los medios técnicos que suministraba la empresa saliente para la prestación del servicio (material de inmersión, dos teléfonos submarinos sin hilos, el material ligero necesario, las herramientas de uso normal o frecuentes, vehículos, un almacén, una oficina...).
- Al finalizar el contrato de servicios, se convoca un nuevo concurso que pierde la empresa saliente, que, por ello y ante la negativa de la nueva contratista a entender aplicable el art. 44 ET, decide dar de baja al actor en la Seguridad Social.
- Entretanto la Refinería suscribe un nuevo contrato de servicios con una Unión Temporal de Empresas para realizar básicamente las mismas actividades que realizaba la anterior contratista, previendo en el contrato similares obligaciones en cuanto a las actividades a realizar, personal adscrito e infraestructuras y medios técnicos que suministrar que las que regían con anterioridad.
- En paralelo a la formalización de este contrato, la nueva contratista contrató al actor junto con otros trabajadores que habían trabajado para la empresa saliente, trabajo que realizaron con la infraestructura y medios técnicos de la nueva contratista.

El pleito que finalmente da lugar a la doctrina unificada que la sentencia que comentamos recoge es un juicio por despido, que resuelve la demanda planteada por el actor contra la decisión de la Empresa Saliente de darle de baja en la Seguridad Social. Pero el “quid” en torno al cual gira todo el pleito y del que depende el correcto establecimiento en el mismo de la relación jurídico procesal consiste en dilucidar si en el supuesto examinado la sucesión de contratas producida es o no una “sucesión de empresas” y si debe o no aplicarse al caso el art. 44 del ET.

El motivo del recurso de casación por unificación de doctrina es, en efecto, la infracción del art. 44 ET, así como la jurisprudencia en materia de sucesión de empresa. El actor considera que la actividad de la contrata descansa fundamentalmente en la mano de obra y que, por consiguiente, la sucesión en la

contrata constituye una sucesión de empresa que debe dar lugar a la plena aplicación del art. 44 ET. Por el contrario, los recurrentes en casación, la UTE, entiende que, al no haberse transmitido bien alguno, no hay sucesión que valga y huelga la aplicación del art. 44 ET.

La Sala empieza recordando su doctrina en materia de sucesión de plantillas:

“El supuesto particular de sucesión de contrata o concesiones con “sucesión de plantillas” se caracteriza por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas: A) una empresa contratista o adjudicataria de servicios (“empresa entrante”) sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades (“empresa saliente” por cuenta o favor de un tercero (empresa “principal” o entidad “comitente”); B) la sucesión de contrata o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la “empresa saliente”, encargando a la “empresa entrante” servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista; C) la “empresa entrante” ha incorporado al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la “empresa saliente”, y D) el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es “la mano de obra” organizada u organización de trabajo” (ST 992/2016, de 23 de noviembre).

Doctrina que no es sino una traslación de la del TJUE, quien ha señalado que, para determinar si se ha transmitido una **“entidad económica”** que mantiene su identidad tras el cambio de titular, *“han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Estos elementos son tan solo aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y, por lo tanto, no pueden apreciarse aisladamente”* (STJUE de 7 de agosto de 2018, C-472/2016).

La aplicación de esta doctrina al caso concreto del que conoce resulta más simple de lo que la doctrina transcrita haría esperar, pues en el supuesto arriba descrito resulta claro, primero, que la contrata no descansa esencialmente sobre la mano de obra sino que son muy relevantes los medios técnicos utilizados por la empresa para el cumplimiento de la contrata y, segundo, que la sucesión de contratistas no había venido acompañada de la transmisión de esos medios técnicos esenciales para el desempeño de la actividad, con lo que no cabe hablar de la transmisión de una **“entidad económica”**, que es el presupuesto para que entren en juego tanto la Directiva 2001/23 CE, de 12 de marzo de 2001 como el art. 44 del ET.

“En el caso que nos ocupa, concluye la Sentencia- parece evidente que el servicio objeto de la contrata no descansa esencialmente en la mano de obra”: “por un lado, el contrato de arrendamiento de servicios describe las tareas a realizar consistentes en “asistencia a operaciones e intervención anticontaminación en la monoboya de Cepsa, actividades de intervención anticontaminación, actividades de inspección y mantenimiento de las instalaciones marinas de Cepsa, tales como inspección de las instalaciones marinas, mantenimientos de las instalaciones de superficie y mantenimiento de instalaciones submarinas y operaciones de amarre y desamarre, carga y descarga de buques. Esta actividad no puede calificarse, en sí misma, como trabajos en los que la mano de obra sea el elemento esencial y determinante para su ejecución ya que requiere de elementos materiales específicos que no solo complementan sino que se

presentan como imprescindibles y necesarios para que los trabajadores puedan atender el servicio. Y ello es así porque en el contrato de arrendamiento se describen los elementos que debe aportar el contratista para poder atender el objeto del arriendo” (...):“además de la tripulación y buzos, debía aportar embarcaciones, medios de seguridad, de transporte, medios de señalización, balizamiento, vallas y todos los demás necesarios para la realización de los trabajos”.

Esto es,

“todo un conjunto de medios personales y materiales que se revelan como elementos de importancia capital para la realización de la actividad contratada”.

Desde esta perspectiva, la conclusión es simple: al no tratarse de una actividad que descansa sustancialmente sobre la mano de obra y al no haberse transmitido junto con la contrata los medios materiales necesarios para seguir desempeñando la explotación, no hay sucesión de empresa, y ello aunque la segunda contratista se haya hecho cargo de 6 de los 10 trabajadores que atendían el servicio en la primera. La ausencia de sucesión de empresas en este supuesto de sucesión de contratas excluye la aplicación al caso del régimen jurídico contenido en la Directiva 2001/23 CE, de 12 de marzo de 2001 y del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores que lo traspone al Derecho interno, y señaladamente de su régimen de responsabilidades.

Esta comunicación es parte de una selección de las noticias y normativa que se han considerado relevantes sobre los temas de referencia y no pretende ser una recopilación exhaustiva de todas las novedades del periodo.

La información de esta página no constituye asesoramiento jurídico en ningún campo de nuestra actuación profesional.

En la confianza estos comentarios sean de utilidad, si tienen cualquier duda sobre la información aquí reflejada póngase en contacto con oleartabogados@oleartabogados.com y en breve nos pondremos en contacto con Vdes.